

TRILOGÍA CON CARL SCHMITT, MENTIRAS VITALES Y RAZÓN CÍNICA

LELIO FERNÁNDEZ

...porque a uno no le basta con vivir una vida.

Bernhard Schlink

In the three Bernhard Schlink's detective novels which have a Nazi ex-public prosecutor, Gerhard Selb, as the main character, there are juridical veins and ethical references which are deeper than appear at first sight. These pages attempt to understand these concepts with particular attention to the narrative itself and, at the same time and in relation to it, to a thesis of the jurist Schlink, which is criticized by, among others, Robert Alexy and Carlos Bernal.

- | | |
|--------------------------------|---------------------------|
| 1. Argumentation and Narrative | 2. Cynicism |
| 3. Collision with Rights | 4. Procedural Rationalism |

Recogí en el consulado alemán un ejemplar de *Deutschland*, revista de difusión sobre política, cultura, economía y ciencias. Eso fue hace cinco años, en el 2000; era el primer número de ese año. Me interesaron varias cosas y la conservé. Tres años después, unas páginas de la novela *La justicia de Selb* me recordaron una imagen y una información. Busqué la revista y allí estaban, en la página 10. Desde el centro de una foto de grupo, la perfecta sonrisa pública del entonces canciller federal alemán Gerhard Schröder celebraba el acuerdo sobre lo que se anunciaba en el título: "Indemnización para los trabajadores esclavizados durante el régimen nacionalsocialista". En tribunales de los Estados Unidos se habían presentado cerca de cuarenta demandas conjuntas de antiguos trabajadores esclavizados. Las negociaciones fueron largas y difíciles y se hicieron necesarias la intervención personal de Schröder y la del presidente Clinton. El artículo de la revista oficial informa que, sobre todo después de 1942, "fueron deportados al Imperio Alemán cerca de 12 millones de trabajadores esclavizados, principalmente procedentes de Europa central y oriental" y que, "en condiciones a menudo infrahumanas, tuvieron que trabajar

en la industria y la agricultura”. La enorme suma para las indemnizaciones sería aportada por el gobierno federal alemán y por la industria alemana: unas 130 empresas, entre las que se contaban algunas creadas después de la guerra. El gobierno de los Estados Unidos contribuiría con unos millones de dólares. Schröder, sus acompañantes en la foto y Clinton podían sonreír “con alegría y alivio”, como dice el artículo, porque se había llegado a una forma de reparación para un buen número de ancianos esclavizados en el pasado y porque se ponía punto final a toda demanda futura. Cuando el daño ha sido tan atroz, los procesos de reparación requieren intervenciones jurídicas, no pocas mediaciones difíciles, decisiones políticas; por eso no pueden tener un fin pronto.

La información y la novela reviven el recuerdo de *Si esto es un hombre*, escrito por el químico Primo Levi, esclavizado en una planta industrial en los campos de concentración de Auschwitz. Un libro que es ya un gran clásico sobre la condición humana y sobre el problema del mal.

La justicia de Selb es un relato detectivesco escrito por Bernhard Schlink y Walter Popp, juristas ambos. El recuerdo de esa esclavitud en la industria química de aquellos años nos llega en la novela porque al narrador le sale al paso y lo involucra mientras investiga algo inquietante que está sucediendo ahora, año 1986, en esa misma industria. En toda esa acción narrada, lo económico, lo jurídico, lo político, lo erótico, lo ético entretejen la trama total.

Quienes hayan leído las novelas y los ensayos de Gilbert K. Chesterton estarán de acuerdo con él en que una novela de género policial en la que no haya un crimen es literatura inmoral. ¿Por qué? Hay crímenes en la trilogía que comienza con *La justicia de Selb* y que sigue con otras dos novelas escritas sólo por Schlink: *El engaño de Selb* y *Selbs Mord* (título traducido arbitrariamente como *El fin de Selb*). Hay algo más: recorre la trilogía una singular teoría sobre la motivación fundamental de todo asesinato. Claro que tal vez sea excesivo llamar a eso “teoría”. Sea como fuere, se trata de esta convicción del protagonista Selb (¿también de Schlink y de Popp?): en la raíz de todo asesinato está la necesidad de quien lo comete de proteger una mentira vital. Selb podrá verificarlo en sí mismo. En la trilogía, las consecuencias de calladas mentiras vitales, también la del investigador, son el revés de la trama. La convicción de Selb y la trilogía iluminan un sentido posible de la paradoja de Chesterton: es inmoral toda novela policial en la que no haya un crimen que lleve a descubrir o a presentir mentiras vitales.

El porqué de estas páginas

Una cosa es pensar la relación entre literatura y derecho a propósito de obras escritas por alguien que no ha tenido formación jurídica y que nunca ha prestado atención particular al derecho. Otra cosa es querer explorar esa relación en novelas escritas por un juez experimentado que es un teórico notable del derecho. Es el caso que aquí nos tiene ocupados. Tendría cierto sentido comenzar por preguntarse cuál ha sido el influjo del constitucionalista Bernhard Schlink sobre el novelista Bernhard Schlink, o viceversa. Pero Schlink no es un doble personaje de Robert Louis Stevenson; el hecho de que sea una sola y única persona novelista-jurista, jurista-novelista, es lo que obliga a suponer que se da, en este caso, una situación especial cuando se quiere averiguar algo que pueda pensarse como relación entre lo literario y lo jurídico. Habría varios modos hacerlo. Diré cuál fue el camino que desembocó en este escrito. Al leer las obras literarias de Schlink, especialmente las tres novelas policíacas, encontré vetas jurídicas. Nada extraño en ese tipo de literatura. Pero, de manera casual, esa lectura coincidió en el tiempo con la de varios escritos jurídicos; entre otros que mencionaré después, unos de Robert Alexy (casi coetáneo de Schlink) y uno de Carlos Bernal Pulido que mencionan, no pocas veces, el pensamiento teórico de Schlink y que critican una tesis suya acerca del procedimiento para resolver la colisión entre derechos fundamentales. No necesitaba mucho más para sentir interés por explorar la relación entre las dos actividades del autor. En ambas, la mente explora la acción.

Pero no fue un interés en general por la relación entre derecho y literatura. La tesis criticada hizo que mi interés cobrara forma precisa y se sintiera a gusto en estas preguntas que el filósofo británico Bernard Williams se hace en su *Introducción a la ética*:

¿Puede la realidad de las situaciones morales complejas ser representada por otros medios distintos de los de la literatura imaginativa? Y si no, ¿pueden otros acercamientos más esquemáticos representar suficientemente a la realidad? ¿Cuánto de lo que genuinamente preocupa a la gente es susceptible de teoría general?

En muchas de esas “situaciones morales complejas” están en juego problemas propios de los derechos fundamentales. De ellos se ocupan los escritos teóricos de Schlink y de los autores que lo citan. Pero se los encuentra representados también por los medios de la literatura imaginativa en las novelas de Schlink. ¿Qué es lo que se juega en esa diversidad de “modos de representación”, los

narrativos y los “más esquemáticos”? ¿Qué relación se da entre ellos? Éstas son las cuestiones que guían todas estas páginas. Por eso, no haré un resumen de las novelas, no narraré la acción; ni siquiera me atenderé al orden de la trama

Sobre Schlink novelista y sobre qué es narrar

Quise saber algo sobre lo que el autor mismo dice sobre sus novelas. Bernhard Schlink estuvo este año en Buenos Aires, en los primeros días de mayo, en la feria internacional del libro. Allí fue uno de los personajes más buscados. En Internet se leen las respuestas que tuvo que dar a las preguntas que le hicieron sobre su obra literaria, especialmente sobre la novela *El lector*, que difundió su fama fuera de Alemania. Si alguien decidiera que esas respuestas son algo así como la clave indispensable para leer e interpretar sus novelas, se equivocaría un poco. No hay tal clave, pero allí hay indicios. Ese tipo de respuestas, aparte de ciertas informaciones muy precisas sobre el autor y su vida, se puede encontrar en otros buenos escritores cuando hablan de su propia obra literaria. Por ejemplo, alguien le preguntó por qué había hecho que se suicidara Hanna Schmitz, la mujer que está en el corazón mismo de *El lector*. Respondió que él no la había matado. Explicó que él jugaba en su imaginación durante años con sus personajes y que, en ese tiempo, ellos se iban haciendo cada vez más autónomos, hasta que un buen día la trama quedaba armada como para escribirla. De acuerdo. Eso es lo que debe de sentir quien ha escrito una buena novela. Pero para ponerse a jugar con los personajes, él tuvo que haberlos elegido. Inicialmente por lo menos en borrador, en esquema, apoyándose en alguna imagen o semejanza, en un par de rasgos, en unas frases oídas al pasar, en algunas simpatías o antipatías, como sea; pero el autor debe responder, al menos ante sí mismo, por haberlos elegido. Y también eso lo dijo Schlink, de manera equivalente, cuando afirmó lo que cualquier buen escritor dice: que sólo escribe sobre lo que conoce, que todo libro (inclusive, o sobre todo, una novela) es en alguna medida autobiográfico. Podemos reformular esto en una frase de Thomas Nagel: “Nuestra experiencia nos ofrece el material básico para nuestra imaginación, cuyo campo es por consiguiente limitado” (*La muerte en cuestión*, México, 1981, p. 261). Algo básico para la calidad de una novela es la capacidad de la imaginación de su autor para generar, desde lo limitado, una sorprendente autonomía progresiva de los personajes. En ese proceso, que es la construcción del relato, lo autobiográfico deja de serlo de mil y un modos. Entonces, para la novela misma poco o nada importa que tal o cual detalle sea autobiográfico o no lo sea. Dijo también Schlink, como podrían haberlo dicho Cervantes, Jane Austen, García Márquez (si es que no lo dijeron), que un autor escribe un libro pero que no lo interpreta y que eso abre el espacio para el compromiso de quienes lo leen (sin embargo hay que decir que, en

algunas entrevistas sobre *El Lector*, Schlink deslizó frases que hacen algo más que sugerir líneas interpretativas).

De todas esas respuestas, y de otras parecidas, se sigue que el lugar donde el autor se pone a jugar con los personajes no es un vacío absoluto, carente de estímulos, de incitaciones, de supuestos. Ese espacio es su imaginación, siempre en relación cambiante con las cosas y con los acontecimientos de su propia vida y de las relaciones y cuestiones que le interesan. La imaginación de Schlink tiene la decisión expresa de construir su literatura desde lo verosímil, como también hace cuando supone casos jurídicos. Además, Schlink jamás incurre en una prosa críptica. Es una imaginación pensante, alimentada con lo que el autor conoce bien; una imaginación metódica, que experimenta con los personajes no sin el recurso de algunas técnicas; que actúa sobre ellos, los desafía, los lleva hasta el límite o los acorrala. En este sentido, el escritor es siempre (¿hasta dónde no?) el autor de la “suerte moral” de sus personajes, es decir, la suerte que entra en la constitución de la moralidad de cada uno de ellos, para bien o para mal, como entra en la vida real nuestra, en la de todos los seres humanos. Nada impide pensar que la suerte moral del autor llegue a tener que ver con la los personajes. Lo que se llama la creatividad del escritor actúa como “mano invisible” del destino en cuya red los personajes deciden todo lo que deciden, actuando en la mente del autor. Así pasa en toda buena literatura. Pero como advierte Jerome Bruner, toda ficción literaria valiosa “aunque se comporte como lo familiar, tiene el objetivo de superarlo para adentrarse en el reino de lo posible, de lo que podría ser/haber sido/acaso ser en el futuro” (*Las fábricas de historias. Derecho, literatura, vida*, 2003, p. 29).

Algún crítico literario alemán (cuyo nombre no recuerdo ahora) ha escrito que Schlink es un “arqueólogo de los sentimientos”. Es posible estar de acuerdo con lo que quiere decir esa metáfora. En la trilogía, Schlink ha creado como personaje principal y narrador a Gerhard Selb, que excava desde la superficie de hechos todavía vivos, recientes. En esa excavación, Selb va descubriendo los deseos, las pasiones, los sentimientos ajenos y propios de un pasado que él había archivado en versión abstracta. Pero la metáfora arqueológica puede despistar a quienes no hayan leído la trilogía. Es en sus encuentros detectivescos con otros personajes también creados por Schlink (y con Popp en la primera de las tres novelas), donde Gerhard Selb, descubre todo lo que descubre. Lo encuentra soterrado en la memoria propia, en la de los otros y en los rastros que deja la acción. Esas novelas son relatos de identidades y de memorias.

El recurso reiterado a la palabra “imaginación” tiene que ver aquí no sólo con la afirmación de Nagel, sino también con una respuesta que Schlink dio

en una entrevista, cuando le preguntaron por qué escribía novelas, o por qué le gustaba escribirlas. Dijo: “por la misma razón por la que a los lectores les gusta leerlas: a uno no le basta con vivir una vida”. Lo más hondo de lo apasionante de leer buenas novelas es descubrir, en vidas inventadas, aspectos inesperados o nunca atendidos de la condición humana, de la ajena y de la propia, real o posible. Es descubrir cosas humanas, demasiado humanas, ante un trasformador espejo invisible. Allí está la riqueza de la narrativa.

En el prólogo de su libro *Il male assoluto* (Milán, 2000), Pietro Citati se pregunta qué es narrar. Lo hace como si estuviera interrogando a Jan Potocki, el casi increíblemente erudito narrador polaco, contemporáneo de Napoleón:

Narrar —habría respondido el viejo etnólogo— no es algo lineal. Si queremos narrar, debemos interrumpir nuestra historia: prestar oídos a una segunda, a una tercera, a una cuarta, a una quinta voz dentro de nuestra voz ficticia, interrumpirnos continuamente porque ahora el judío errante, luego el cabalista (esos grandes mentirosos) quieren ser escuchados; y entretejer cada hilo con todos los demás hilos del mundo. Ninguna actividad humana es más interminable¹.

En el caso de *La justicia de Selb*, el espacio de juego de las voces es un escenario especialmente complejo, porque Schlink y Popp escribieron a dos cabezas esa primera novela de la trilogía policial. Lo hicieron durante tres meses de 1986, en los que se encontraron en el sur de Francia. Schlink llegó como profesor invitado por la universidad de Aix-en-Provence por un semestre. Popp estaba por allí transitoriamente. Los dos, lectores habituales de novelas detectivescas, son miembros de lo que en Alemania se llama “segunda generación”, es decir, la de los alemanes nacidos durante la guerra (como Schlink, en 1944), o inmediatamente después (como Popp, en 1948), que inevitablemente sintieron a los de la generación anterior como culpables de la barbarie nazi. En el capítulo 4 de la segunda parte del *El lector*, una página expresa esa experiencia. A la “primera” generación, la de los padres, pertenecen los dos personajes principales de *La justicia de Selb*. Otros son de la misma generación de los autores. Algunos más son algo más jóvenes.

¹ Judío errante y cabalista son aquí las expresiones legendarias de hombres cuyas vidas son puro relato de narradores eternos.

Sobre el jurista Schlink

Las informaciones vistas hasta aquí no bastarían para penetrar más a fondo en las vetas jurídicas que pertenecen de manera especial a ese mundo que los autores y el protagonista conocen bien. Pero las lecturas jurídicas a las que aludí más arriba ofrecen otro material válido para ese intento, en lo que se refiere a Schlink. En primer lugar, las referencias a él, centradas en el debate sobre la ponderación y sobre el principio de proporcionalidad, que salen al encuentro en dos escritos de Robert Alexy (1945, miembro por tanto de la “segunda generación”): *Teoría de los derechos fundamentales*, (Madrid, 1997), y “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” (en el volumen *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003). Al mismo tiempo, la obra exhaustiva de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, 2003)², en la que se cita a Schlink de manera significativa más de veinte veces. Además, vinieron bien otros escritos jurídicos que no lo citan para nada y a los que me remitiré de paso. Pero entre ellos quiero destacar dos. El primero es el artículo de Ernesto Garzón Valdés, “Notas sobre la filosofía del derecho alemana actual”, publicado por primera vez en 1985, que cumple muy bien su propósito de “trazar un marco general que permita al lector de habla castellana no familiarizado con el pensamiento de los filósofos del derecho alemanes tener una idea aproximada de los temas que ellos tratan” (p. 263)³. Es muy útil para tener en cuenta la compleja pluralidad teórica. En particular, es una referencia para ubicar en ese marco la “racionalidad” de la que se ocupa la obra de Robert Alexy. El segundo es el libro de Alejandro Aponte, *¿Derecho penal de enemigo o derecho penal del ciudadano?* (Bogotá, editorial Temis, 2005). Trata de un asunto de importancia prioritaria y lo hace de un modo decididamente renovador. Para el “derecho penal de enemigo” del que se ocupa, es ineludible la cuestión sobre la eventual licitud de la tortura, puesta en la agenda de debates actuales por la lucha contra el terrorismo. Bernhard Schlink estuvo en el centro de uno de esos debates como profesor de la universidad Humboldt, de Berlín. Encontré

² El libro de Carlos Bernal Pulido mereció, en *Precedente* 2003, un amplio y cuidado análisis de Catalina Botero Marino. Para quienes lean estas páginas sin conocer directamente la obra de Bernal, ese análisis podrá aclarar mis referencias, necesariamente concisas.

³ El artículo se encuentra ahora en el volumen *Derecho, ética y política* (Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993), que recoge unos cuarenta artículos del autor. Tomo de ese volumen todas las citas o referencias.

la información en un escrito de Manuel Góngora Mera quien, por supuesto, tiene que ocuparse allí de Schlink⁴. Pero si llamo la atención sobre el escrito de Aponte es por una razón, relacionada con el alcance de la narrativa, que presentaré más abajo.

El contacto con esas exposiciones dispuso mi atención para percibir mejor, en la lectura de las obras de ficción de Schlink, relaciones entre lo literario y el derecho en consonancia con las preocupaciones que expresan las preguntas de Bernard Williams que cité arriba. El contacto no suplió mi falta de idoneidad para tomar parte en los debates que, con respecto a Schlink, despliegan las obras y los autores que cité. Pero este trabajo se orienta hacia otra cosa y no tiene la intención de retomar esos debates en detalle, ni de resolverlos. Aquí basta con tener noticia de ciertas convicciones pertinentes y fundamentales de Schlink y de algunos críticos suyos. A eso apunta la breve información que sigue.⁵

Para los propósitos académicos de Alexy y de Bernal, atentos al derecho constitucional alemán, citar y discutir el pensamiento jurídico de Schlink era inevitable por tres motivos: porque es un especialista bien conocido en derechos fundamentales, porque Alexy y Bernal coinciden con él en puntos importantes y porque se le oponen en una cuestión muy precisa, muy debatida y debatible. Ya en 1976, antes de la producción difundida de Robert Alexy, Schlink había publicado *Abwägung im Verfassungsrecht* (Ponderación en el derecho constitucional). Además, él y Bodo Pieroth, colega de la Universidad de Münster, escribieron y publicaron *Grundrechte* (Derechos fundamentales), uno de los volúmenes del *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Manual de derecho del Estado de la República federal de Alemania), editado en una serie muy conocida y destinado especialmente a estudiantes de derecho. Ese volumen, revisado y aumentado, ya andaba el año pasado en su vigésima edición. Carlos Bernal considera “emblemática” la presentación que allí se hace de “uno de los polos más interesantes de la discusión sobre los derechos fundamentales en el Derecho constitucional alemán”: el concepto de “límites de los límites”, es decir, “el conjunto de restricciones que el ordenamiento jurídico prescribe al Legislador y que éste debe cumplir cuando limita el ejer-

⁴ “Alemania debate sobre la tortura” (www.menschenrechte.org/spanish.Articulos.htm).

⁵ Estaba programado para este número de *Precedente* un artículo sobre toda la obra jurídica de Schlink; pero ya avanzada su preparación, el autor no pudo acabarlo por ocupaciones que reclamaron su atención y su tiempo.

cicio de los deberes fundamentales” (p. 521). Además, Bernal cita los escritos de Schlink ya sea para ilustrar lo que es la mayoría de la doctrina sobre algún punto, ya sea para recoger el parecer significativo de algunos autores en una cuestión debatida, ya sea para atribuirle un aporte notable para la precisión de un concepto jurídico importante, aunque ese aporte no sea aceptado por todos (por ejemplo, en lo que se refiere al concepto de intervención legislativa en los derechos de libertad, tratado por Schlink en un artículo sobre el tema: “Freiheit durch Eingriffsabwehr-Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, 1984).

En el capítulo tercero de *Teoría de los derechos fundamentales*, dedicado a la estructura de las normas del derecho fundamental, Alexy toma varias veces en consideración el pensamiento de Schlink en *Abwägung im Verfassungsrecht*⁶. Por ejemplo, al explicar a qué apunta Schlink cuando dice que los “derechos fundamentales son reglas de la carga de la argumentación”. Schlink estaría diciendo que se pueden tomar como principios tanto las normas que conceden derechos fundamentales al individuo como las que ordenan tener en cuenta los intereses de la comunidad, y que es posible introducir una carga de argumentación que haga que, en un caso, los principios de un tipo prevalezcan sobre los del otro tipo (p. 101). Alexy dedica una nota relativamente extensa al análisis crítico hecho por Schlink de la posibilidad de resolver el problema de la jerarquía de los valores o principios “como en la economía de bienestar, a través de una función que permite inferir de la utilidad individual (es decir, de las preferencias individuales o de concepciones valorativas individuales) las utilidades colectivas (es decir, las preferencias colectivas o las concepciones valorativas colectivas)”. La nota expresa, sin duda, un acuerdo con Schlink en ese punto (p. 156, nota 208). Pero Alexy manifiesta allí mismo un firme desacuerdo: califica de “reducción injustificable” la “recomendación” de Schlink de tener sólo en cuenta *las consecuencias* de los distintos enunciados de preferencia en los casos de variedad de argumentos posibles (p. 160). Critica también el intento de Schlink, y de otros, de aplicar el principio de las curvas de indiferencia, como las que se usan en las ciencias económicas, para la representación de la sustentación de bienes. Tales curvas de indiferencia —dice Alexy— sólo describen sustituciones de bienes que pueden resultar indiferentes para determinado sujeto; pero lo imprescindible en las ponderaciones jurídico-constitucionales no es el grado de importancia que alguien concede a tal o cual principio. De lo que se trata en la ponderación es de establecer “cuán grande es la importancia *que se debe conceder*” a esos principios (p. 161-163).

⁶ Ver páginas 82, 96, 101-103, 155-157, 160-161, 164, 339.

En su escrito ya mencionado sobre derecho constitucional y derecho ordinario (que fue una conferencia pronunciada en el año 2002), la atención de Alexy a las ideas de Schlink sobre la ponderación constitucional abarca también el libro que éste publicara con Pieroth y el artículo sobre la libertad que mencioné un poco más arriba. Ahora, la crítica a Schlink es fuerte y apunta directamente a la concepción sostenida en estos dos últimos escritos. Primero, Alexy formula la “ley de la ponderación” que ha de entrar en juego en caso de colisión entre principios fundamentales. Lo hace en estos términos: “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 66). Luego expone, en esa misma página, los tres pasos de los que consta la ponderación. Y de inmediato formula su crítica a Schlink:

Esta estructura elemental muestra lo que controvierten los escépticos radicales como Schlink, cuando sostienen que en “el examen de proporcionalidad entendido en sentido estricto [...] en definitiva sólo se impone la subjetividad de quien lo lleva a cabo” y que “las operaciones de valoración y de ponderación del examen de proporcionalidad en el sentido estricto, en definitiva sólo pueden efectuarse de forma decisionista”. Esos escépticos descreen de que pueda ser posible realizar juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y sobre el grado de importancia de los principios que juegan en sentido contrario. Sin embargo, debe reconocerse que es fácil encontrar ejemplos en donde es posible efectuar juicios de esta naturaleza.

Alexy proporciona uno de esos ejemplos: la obligación que tienen los fabricantes de cigarrillos de poner, sobre cada cajita, una advertencia de este tipo: “El tabaco es nocivo para la salud”. Se trataría, en este caso, de una intervención “relativamente leve en la libertad de profesión y oficio”. Una intervención legislativa grave sobre esa libertad sería la prohibición total de fabricar cigarrillos. “En otros casos”, escribe Alexy, podría pensarse en una intervención “media” (se ve que no la puede imaginar para su ejemplo fácil). Lo que se propone Alexy es mostrar “que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados” de intervención sobre una libertad. En las cabezas lectoras pueden aparecer preguntas como éstas: ¿No se podría pensar que, en el caso de la producción de cigarrillos, una “intervención media” podría ser cierto control sobre la dosificación de ingredientes psicoactivos? Se trataría de una intervención media demasiado dura para los fabricantes, como lo ilustra la película *El informante*. ¿De qué grado sería la prohibición sólo de toda publicidad? ¿No se podría pensar que la advertencia sobre la nocividad del

tabaco, escrita en el envase, es tan prácticamente inútil para los adictos, que la obligación resulta *prima facie* relativamente risible? No es del todo fácil, si es que es posible, encontrar ejemplos indiscutiblemente fáciles⁷. A no pocos lectores de *La justicia de Selb* se les puede ocurrir otra pregunta: ¿Por qué no tomar como ejemplo el caso de una intervención que impusiera a las industrias químicas un control directo de emisiones contaminantes, como cuenta la novela que se hizo, *ad experimentum*, en alguna región de Alemania?

Es bien serio el problema que Alexy, Bernal y tantos otros discuten con Schlink, Pieroth, Böckenförde y otros cuantos. Bernal lo expone con claridad en varios lugares de su obra (ver, por ejemplo, el capítulo segundo). El problema importa para el ejercicio de los derechos fundamentales, para la presencia jurídica en lo político. Todo el libro de Carlos Bernal está dedicado a tratarlo y a intentar una solución. En el comienzo de su extenso capítulo sexto, que vale de por sí por un libro, el autor declara su voluntad de agotar las últimas cuestiones necesarias para darle una respuesta. Tal como está enunciado allí, el problema consiste en determinar “si la aplicación del principio de proporcionalidad, como criterio para concretar el contenido normativo de las disposiciones de derecho fundamental, ofrece más condiciones de racionalidad que los criterios estructurales alternativos, y si puede ser utilizado legítimamente por parte del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las leyes” (p.611)⁸. Hacia el final del capítulo, en una nota al pie de la página 778, encontramos la elegante y breve presentación de la discrepancia de Bernal con respecto a Schlink. La nota se desprende desde una extensa exposición sobre criterios para la ponderación en sentido estricto y advierte que Schlink está en contra de ellos. Bernal informa: “el argumento de Schlink, atinado en buena medida, sostiene que tales criterios sólo constituyen un conjunto de “*puntos de vista*”, que no llevan siempre a una solución correcta. Esta crítica es acertada.” El reconocimiento que hace Bernal no es mera cortesía; es del todo coherente con amplios desarrollos de su libro sobre el principio de proporcionalidad. Las páginas finales del capítulo segundo, por ejemplo, son una muestra clara de su sentido de los límites de la aplicación del principio de proporcionalidad y de todo otro criterio alternativo. Ninguno de ellos puede “suprimir los radicales conflictos sobre apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los derechos fundamentales

⁷ Ver, al respecto, H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 162; César Rodríguez, “Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces”, en Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, 1999, p.22s.

⁸ Esos criterios estructurales están expuestos en el capítulo cuarto.

y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional”. Por eso, Bernal estima que “lo pertinente es analizar cuál de los criterios propuestos hasta el momento por la dogmática de los derechos fundamentales consigue ofrecer *un mayor grado de racionalidad* en la fundamentación de las normas adscritas y en la delimitación de las competencias del Tribunal Constitucional y del Parlamento que se lleva a cabo en la interpretación de tales derechos” (p. 248; el énfasis es mío). Bernal llevará a cabo *more geometrico*, o casi, ese análisis implacable

Es competencia de otro tipo de trabajo y de expertos entrar en el terreno de la discusión sobre los argumentos para las divergencias que comienzan desde ese punto de coincidencia, señalado por Alexy y por Bernal, sobre la imposibilidad de alcanzar la objetividad jurídica absoluta, o sobre la naturaleza de una objetividad relativa de altísima confiabilidad. Pero disponer de esa información es bueno para una lectura de las novelas de Schlink, si existe la preocupación de rastrear nexos con el derecho. También es bueno tener en cuenta el informe de Góngora que mencioné más arriba, para ubicar y aclarar debidamente la calificación de “escéptico radical” que Alexy otorga a Schlink. Ese informe aporta un dato valioso para el conocimiento de convicciones de Schlink y para una mejor lectura de todos sus relatos de ficción. Góngora presenta la evolución de la discusión teórico-jurídica en Alemania sobre la posible admisión de la aplicación de la tortura, en casos extremos de violencia y terrorismo. Recuerda que, en 1992, Niklas Luhman preguntó si perviven todavía en nuestra sociedad “normas irrenunciables” y, en respuesta, sostuvo que, en ciertas circunstancias extremas, es admisible levantar la “norma irrenunciable” de la dignidad humana, con garantías extraordinarias de supervisión a la aplicación de torturas. En 1994, el profesor de derecho Winfried Brugger retomó el debate desde Heidelberg, argumentando a favor de esa idea. Dos años después, estudiantes de la Universidad Humboldt invitaron a Brugger a debatir la cuestión con Schlink. En el debate, Bernhard Schlink asumió la clara defensa de la prohibición absoluta de la tortura: el Estado nunca puede “levantar” esa norma; jamás puede violar la dignidad humana de alguien o permitir que se viole. Conocer esta convicción de Bernhard Schlink es saber que sus novelas están escritas por un autor convencido de la maldad radical de todo atropello a la dignidad humana. Cuando Alexy caracteriza a Schlink como un “escéptico radical”, no se refiere entonces a su pensamiento sobre los derechos fundamentales, con el que parecería coincidir⁹, sino a su afirmación

⁹ En el artículo sobre Schmitt, Schlink remite a la exposición de Robert Alexy sobre principios y valores en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*. Ver la nota 57 del artículo y, en la obra citada de Alexy, capítulo III, p. 129 ss.

de que en “el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva sólo se impone la subjetividad de quien lo lleva a cabo”. Alexy se refiere a la conclusión que saca Schlink de la “crítica acertada” que le reconoce Bernal. Schlink es escéptico si se lo observa desde las reglas de la racionalidad del discurso práctico formuladas por Alexy.

Pero hubo algo más en ese debate en Berlín: Schlink le exigió a Brugger que no se apoyara en “ejemplos irreales e inverosímiles” y, según Góngora, afirmó, contra su contendor, que “la realidad es más racional que la fantasía”. No parece que esta afirmación de Schlink pueda ser entendida como un golpe de efecto en una polémica en vivo y en directo ante un auditorio de universitarios. Schlink no necesitaba que sucediera el atentado atroz del 11 de septiembre de 2001 para aprender que la realidad puede ser espantosamente “irreal”, porque la inverosimilitud y brutal realidad del Holocausto siempre le estuvo presente. Es muy posible que, al decir lo que dijo, apuntara a una intención teórico-práctica más fuerte, cercana a esta idea: el derecho se construye sobre casos que no se sitúan en el límite de la inverosimilitud. Cuando los casos se producen en ese límite, cosa que es posible, estamos ante una situación de conflicto entre el derecho y otras realidades que no pueden ser reducidas al derecho: por ejemplo, la de las exigencias éticas “irrenunciables”, o las exigencias de transformaciones políticas.

Explico ahora el sentido de mi referencia al libro de Alejandro Aponte, que no menciona a Schlink. Hay un doble motivo para recordarlo aquí. Ante todo, la obra es una buena ilustración de la importancia de los relatos en la argumentación. En el hecho de que los escritos de Alejandro Aponte incidieran en el debate alemán sobre el así llamado “derecho penal de enemigo”, no ha sido un elemento marginal la fuerza convincente que infunde a su sólida argumentación el relato de lo acontecido en Colombia, en años no lejanos, con las “políticas de seguridad” (*Estatuto antiterrorista, Estatuto para la defensa de la justicia*). Ese relato pone ante los ojos cómo esas políticas “logran absorber las políticas de acción social, y de manera especial, logran absorber la política criminal: éstas, más que en función del valor del derecho y de la afirmación de un orden jurídico basado en la Constitución y en los tratados internacionales, logran adaptarse de manera funcionalizada a los requerimientos fácticos, políticos o circunstanciales de la *seguridad* (o. c., p. 53). El segundo motivo es más específico; se refiere directamente a la cuestión tratada en estas páginas. La fuerza que en obras teóricas como la de Aponte tienen los relatos históricos objetivos, induce a pensar en el valor que tienen o pueden tener relatos ficticios verosímiles. Es muy común hablar como si leer novelas, ver películas, escuchar música fuesen siempre formas de pasatiempo, de distracción. Pueden

ser eso y sólo eso. Pero pueden ser algo muy distinto y pueden serlo no por pura casualidad. Limitémonos aquí sólo a los relatos literarios. Si son buenos, es porque su lenguaje infunde en nosotros narrativas y contranarrativas en las que la condición humana aparece desde perspectivas no habituales para nuestra experiencia, muchas veces sorprendentes, nunca advertidas antes, o ya olvidadas¹⁰. Eso incide en nuestro modo de ver y sentir las cosas, de entenderlas, de atender a lo que muchas veces dejamos pasar de largo, como si no existiera o si no importara; incide en nuestro modo de interpretarlas. A veces, nos abren el camino hacia la verdad de nosotros mismos, de nuestra relación con los otros.

La primera de las tres novelas y la famosa distinción de Carl Schmitt

Cuando Schlink y Popp vieron que la suerte moral de sus personajes ya estaba echada, porque ellos les habían creado una historia y cierta identidad, comenzó así la novela:

Al principio lo envidiaba. Esto era en la época escolar, en el Instituto Federico Guillermo de Berlín. Yo llevaba los trajes de mi padre, no tenía amigos y no podía elevarme en la barra fija. Él era el mejor de la clase, también en educación física, lo invitaban a todos los cumpleaños y cuando los profesores lo trataban de usted, lo decían en serio. A veces lo recogía el chofer de su padre con el Mercedes. Mi padre trabajaba en los ferrocarriles del Reich y en 1934 acababa de ser trasladado de Karlsruhe a Berlín. (...) Nos hicimos amigos, estudiamos la carrera al mismo tiempo, él economía política, yo derecho... Cuando su hermana Klara y yo nos casamos...

Yo es Gerhard Selb; suyo será el relato de toda la trilogía. El otro es Ferdinand Korten. Selb nos da una información básica del pasado: en 1942 él estuvo apenas cinco semanas en la guerra, fue herido, se repuso y, en ese mismo año, al mismo tiempo que él se vinculaba a la fiscalía de Heidelberg, Korten entraba a trabajar en una poderosa industria de químicos a orillas

¹⁰ Debo decir que tomo la palabra “contranarrativa” en un sentido inspirado en el que tiene en una conferencia de Edward W. Said sobre “la interpretación como ocasión extrema”, publicada en *Musical Elaborations*, Londres, Vintage, 1992. Se refiere allí a un modo de comprender, de organizar, de interpretar, que se aparta de otros modos más o menos habituales o consagrados de ejecutar una obra musical. Aquí uso el término para referirme a la comprensión, organización, interpretación de hechos, acontecimientos, modos de decidir y de obrar.

del Rin. Schlink y Popp la llaman *Rheinische Chimiewerke* (RCW), nombre que es condensación de toda una industria, en una región que “ha de oler a cloro, azufre o amoníaco”, según lo determinen los vientos y el ritmo de la producción. El trabajo de Selb en la fiscalía terminó en 1945, al mismo tiempo que la guerra y el nacionalsocialismo. La acción de la novela comienza en 1986. Selb es investigador privado y Korten, que desde hace años es director general de la RCW, lo contrata para investigar una peligrosa infiltración en el sistema informático de la empresa. Avanzada la investigación —ya estamos en el capítulo 18 de la primera parte—, Selb dispone de indicios sobre quién es el responsable. Para él, son indicios “suficientemente convincentes para pensar en la forma de probar su culpabilidad”. Para un tribunal no deberían ser suficientes, “si las cosas fueran como tenían que ser”, se dice Selb a sí mismo, mientras desayuna en la cama en una mañana de domingo. Al mismo tiempo, se da cuenta de cuáles son los sentimientos que, en “una mezcla poco limpia”, lo incitan a encargarse de la prueba (ambición profesional, respeto por el responsable de la infiltración, algo de celos, envidia). Al mismo tiempo que experimenta esa “mezcla” y reflexiona sobre ella, recuerda algo lejano en el tiempo y todavía presente:

Ya sé que en esto consiste la suciedad del mundo, a la que sólo escapan los santos, mientras que los fanáticos creen poder escapar de ella. Pero a veces me molestaba. Como son tan pocos los que la confiesan, concluyo que tan sólo yo sufro por ella. En la Universidad de Berlín Carl Schmitt, profesor mío, nos había expuesto una teoría que distinguía limpiamente entre el enemigo político y el personal, y todos estaban convencidos y se sentían justificados en su antisemitismo. Ya entonces me había preocupado la idea de que o bien los otros no podían soportar la falta de limpieza de sus sentimientos y tenían que encubrirla, o bien la que estaba subdesarrollada era mi capacidad para trazar emocionalmente una clara frontera entre lo personal y lo objetivo.

La enseñanza que Selb recuerda es lo que, como sabemos, Schmitt había publicado como artículo periodístico en 1927 y, modificado y corregido, como libro, en 1932: *El concepto de lo político*. Es el breve escrito al que se suele recurrir como a un clásico, en el que no faltan fórmulas de sibilina nitidez. Según algunos entendidos, es la mejor introducción al pensamiento de Schmitt. Según otros, por lo menos no habría que ponerlo a menor altura que *El Príncipe* de Maquiavelo. Por dónde va la opinión de Bernhard Schlink al respecto, lo habrán advertido quienes leyeron, en este mismo número de la revista, su artículo crítico sobre los motivos del perdurable prestigio de Carl Schmitt.

Esa distinción entre amigo y enemigo es, según el ensayo de Schmitt, lo específico de lo político, el criterio fundamental de toda política, para la teoría y para la práctica. A ella han de reconducirse todas las acciones y los motivos verdaderamente políticos. En esa distinción, el enemigo es enemigo político, público. Es el que el Estado *decide* que ha de ser considerado como el otro, el extraño en un sentido intensivo. Es el que representa la negación del modo de existencia propia de ese Estado. Esa distinción es el resultado de una decisión. Es una decisión. No es enemigo quien es experimentado como enemigo individual, privado, sino quien es declarado oficialmente como tal. La decisiva distinción de Schmitt apela al sentido de identidades declaradas, colectivas, públicas.

Desde este capítulo en el que Selb recuerda sus incertidumbres sobre aquella enseñanza de Carl Schmitt, quien lee la novela ya sabe en parte a qué atenerse en cuanto a sentimientos de Selb, y se pregunta hasta dónde el narrador había tratado de darse cuenta de cómo se estaban dando las cosas, hasta cuándo y hasta dónde se empeñó en hacerlo, hasta qué punto pudo hacerlo, desde su época de estudiante de derecho hasta los pocos pero dramáticos años de su práctica como fiscal.

En uno de esos días de la investigación, un explosivo accidente contaminador perturba la actividad de la fábrica y de parte de la ciudad. En el momento mismo del riesgo, Selb siente que se le “despertaron los reflejos, ejercitados en la guerra, de la huida, de la ayuda, del buscar y dar protección”. La frase documenta la convicción radical de Selb, opuesta a la tesis del egoísmo universal: en momentos de riesgos fuertes, altruismo y preocupación por sí mismo se disparan al unísono. Ciertamente, a veces uno de los dos polos no responde. A veces, así sean muchas. Si nos ingeniamos para no ver nunca el altruismo, para no reconocerlo jamás, ni siquiera en alguna que otra acción nuestra en la que puede estar mezclado con otras motivaciones, anulamos toda posible confrontación con la experiencia de no ser egoístas, con la preferencia por tratar a los otros no sólo como puros medios, ni sólo como meros obstáculos.

Mientras tanto, el accidente sirve a los autores de la novela para involucrarnos en la cuestión debatida: la legitimidad de los controles directos de las emisiones contaminantes. La lectura de los ágiles veintinueve capítulos de la primera parte de *La justicia de Selb* deja suponer que un motivo para armar la trama de la novela fue el debate real sobre el control de emisiones contaminantes de la industria química, muy vivo en Alemania en ese año en el que Schlink y Popp escribieron la novela y en el que la Suhrkamp-Verlag publicó la *Teoría de los derechos fundamentales*, de Alexy. Desde 1984, en los estados federados (*Länder*) de Baden-Wurtemberg y de Renania-Palatinado se había

puesto a funcionar un plan experimental de control directo de las emisiones contaminantes de la industria. Era una conjunción de nuevas tecnologías y de disposiciones legales nuevas. El dato es real. También es real la información de que el caso fue a parar al Tribunal Constitucional Federal.

En unos cuantos diálogos narrados con humor e ironía, voces diversas, como las que evoca Pietro Citati, expresan puntos de vista distintos que se entrecruzan en el debate. Uno, el del director jurídico de la RCW, profesor honorario de Derecho de la Universidad de Heidelberg; una cabeza hábil en todas las argucias para impedir, con sarcasmo, que “el Estado meta la mano en el escote de la economía”. Todo el lenguaje de ese director jurídico es una muestra bien reconocible de arrogancia pedante; ridícula, pero capaz de generar una narrativa bien difundida, de buen recibo, entradora. En oposición, el punto de vista desde donde otro personaje ve cómo la industria química sigue luchando contra la ley, en todos los niveles, para eludir los controles a la contaminación ambiental. Interviene, además, el punto de vista rigurosamente técnico del jefe del centro de cálculo, que clarifica la situación, aunque después deje ver sus limitaciones. Por su lado, una circular de la RCW sobre el incidente, de lenguaje bien calculado, difunde una tersa ficción publicitaria de responsabilidad social. Desde el punto de vista de otro de los personajes, un excepcional experto informático, en “la espiral infinita e infinitamente cara de los controles” se podría descubrir tal vez que los políticos han alcanzado un compromiso sospechoso con el plan experimental que, tal como está, favorecería el espionaje industrial. Una voz conocida, la de Selb, registra la noticia de que “el 2 de diciembre el Tribunal Constitucional Federal anunció la inconstitucionalidad del registro directo de datos de emisiones que había sido introducido”. Y, enseguida, esa voz cobra un tono agudamente mordaz cuando comenta la nota editorial del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* que, al elogiar el fallo, pretende desplegar y ampliar su alcance. En esos renglones, los oídos de quien lee —olvidados de la autonomía de los personajes— creen percibir voces que se infiltran, como si fuesen las de los juristas que escribieron la novela. Todo eso ilustra la intervención de varias perspectivas capaces de dar vida a distintas narrativas sobre un hecho y sus circunstancias. Más adelante aparecerá otra perspectiva, de gran alcance: al leer un estudio de caso, escrito por un estudiante de derecho de quinto semestre, Selb piensa que todo el derecho ambiental aprendido en la universidad por el joven autor es sólo un disfraz del derecho penal que se estudiaba cuatro décadas atrás.

En las escasas cuatro páginas del capítulo final de la primera parte, Selb comunica a Korten los resultados exitosos de su investigación. Lo hace con respeto y con simpatía hacia el talentoso responsable de la infiltración y pide

que no lo traten con excesivo rigor. De Korten recibe una respuesta cínica que le llega directa al punto donde puede hacer daño; es una observación sobre el modo de ser de Selb. ¿Cuál era ese punto? Desde una ira concentrada y silenciosa, Selb piensa: “Aunque en sus palabras hubiera algo de cierto, ¿no es la amistad el proceder cuidadosamente con las mentiras vitales del otro? Pero no había nada de cierto”. Para quien la vive, la propia mentira vital es el punto más vulnerable y, a la vez, el más incomprensible, el menos abordable. La amistad puede advertir o percibir oscuramente la presencia oculta de la mentira que es parte del otro, de su identidad. Puede sentir o suponer esa presencia en recursos del lenguaje, en el modo de tomar o de no tomar decisiones, en detalles nimios de la acción. Pero la amistad siente también que no sabe de qué está hecha esa mentira vital y cómo está hecha. Puede darse cuenta de que el otro tampoco tiene claridad sobre ella, así como uno no la tiene sobre la propia. La amistad tiende a evitar la tentación de conjeturas, que serían puntos de vista sobre lo no visible. Y eso ni es escepticismo ni se apoya en el escepticismo. Es la restricción que impone el conocimiento de la complejidad de lo real. La restricción que nace del respeto a la dignidad del otro, también cuando está comprometido en su propio engaño. En la respuesta agresiva de Korten, la investigación sobre la infiltración informática llega a un descubrimiento inesperado para Selb: el del cinismo del director general de la RCW. Todo hace pensar aquí en un cinismo “delimitado, individual”, propio de Ferdinand Korten. Cuanto más avance el relato, y hasta el final de la última de las tres novelas, más se revelará el sentido de ese cinismo, de su expansiva relación con las cosas de las que vivimos y de las que se ocupa el derecho¹¹. Selb descubrirá, muy tarde, que el cinismo de Korten era de otra dimensión.

150 Pero en contra de todas las apariencias, la investigación no había acabado. Un crimen imperceptible ocupa ahora a Selb en una investigación que dará a la anterior todo su alcance. Y entonces aparece el recuerdo de los químicos condenados a trabajo forzado en la RCW, junto a otros químicos que eran empleados de la empresa. A Selb le resulta inevitable recordar ahora en detalle su pasado de fiscal que actuó en un juicio contra algunos de ellos; un juicio que acabó

¹¹ En la descripción de una audiencia del juicio a mujeres que habían trabajado como guardianas en los campos de concentración, el protagonista de *El lector* recuerda el “aire insolente y pendenciero, [la] puntillosa acritud, incluso [el] *ruidoso e impertinente cinismo*, según cuál fuera su temperamento personal y político” que se podía observar en los abogados (énfasis mío). El protagonista había asistido como estudiante de derecho matriculado en un seminario sobre Auschwitz. Sugeridora esta práctica (propia de Schlink) de describir estados de ánimo, sentimientos y sensaciones de los participantes en una audiencia, en vez de limitarse al registro de lo dicho.

en penas de muerte. Cuando, en el sexto capítulo de la segunda parte, alguien le pregunta, a propósito de esta investigación, por qué dejó de ser fiscal, Selb responde con una franqueza nueva que a él mismo lo sorprende. Recuerda que aquellos procesos “eran espectaculares”, que él creía en todo aquello y que se veía a sí mismo como un soldado en el frente de la justicia. Al acabar la guerra, perdió la fe: “Probablemente no puede usted imaginarse hasta qué punto podía creerse en el nacionalsocialismo”, le dice a quien le había hecho la pregunta, una mujer atractiva y perspicaz, nacida a mediados de los cincuenta, crecida con el saber adquirido después de la catástrofe. La respuesta que recibe de ella se inscribe en un rápido y elusivo proceso de clarificación:

- Eso suena más a estética que a moral.
- Cada vez veo menos la diferencia.
- ¿No puede imaginar algo hermoso que sea inmoral?
- Entiendo lo que dice, la Riefenstahl, “Triunfo de la voluntad” y cosas así. Pero desde que soy mayor simplemente ya no encuentro hermosa la coreografía de la masa, ni la arquitectura imponente de Speer...

La espectacularidad de ciertas cosas del nacionalsocialismo que alimentaban la vida cotidiana había tenido fuerza seductora colectiva. La seducción podía proceder de la perfección de un documental de la cineasta Leni Riefenstahl, “Triunfo de la voluntad”, admirado todavía hoy por los efectos de su técnica magistral, o de las obras arquitectónicas de Albert Speer, de los desfiles, de las grandes manifestaciones deportivas. En el caso de Selb, esa seducción había sido más fuerte que sus incertidumbres de estudiante sobre la enseñanza de Carl Schmitt, no incompatibles con la fascinación que sobre él pudo haber ejercido más de un eslogan del maestro. Esto no necesita decirlo el texto de la narración; se entiende en las reticencias de Selb. La mujer que dialoga con él llega a tocar su mentira vital, pero él ahora no se siente herido. Sabe que las preguntas le vienen de alguien a quien sus investigaciones le han ocasionado, sin querer, un daño irremediable, pero que no lo menosprecia. Selb se da cuenta de que las investigaciones en las que se ha comprometido le sirven para tener más claridad sobre sí mismo, sin necesidad de decirse con palabras en qué consistió su mentira vital. No es cuestión de aclararla por definición, como tampoco una definición aclara lo que es la identidad propia o ajena. La aclaración viene de la posibilidad de un relato en el que ahora hay menos cosas excluidas. La fuerza de las mentiras vitales se va desvaneciendo a medida que uno reconoce sus rasgos, y eso puede llevar su buen tiempo.

Días después de aquel diálogo, varios capítulos después (el 11 de la tercera parte), Selb puede dar esta explicación de por qué no quiso volver a ser fiscal en los nuevos tiempos. Se la da a Tyberg, uno de los químicos que, sin ser un trabajador forzado, fue acusado entonces y, después de la catástrofe, llegó a ser director de la RCW, ahora jubilado:

A mí me repugnó la actitud que mostraron mis colegas cuando fueron readmitidos y después, la ausencia de toda conciencia de la propia culpa. Bien, yo hubiera podido hacer que se me readmitiera con otra actitud y con la conciencia de la culpa. Pero de esa manera me habría sentido como un *outsider* y entonces preferí quedarme fuera a todos los efectos.

Es muy probable que esos colegas hubiesen tenido una gran capacidad para trazar fronteras emocionales entre lo subjetivo y lo objetivo, para aceptar tranquilamente la limpia distinción enseñada por Schmitt. Más adelante, mientras conduce durante el capítulo 17 por una carretera de Francia, va pensando: “Mis antiguos colegas de la administración de Justicia me habían enseñado que hacían falta dos cosas para superar el pasado: cinismo y el sentimiento de haber tenido razón en todo momento y de haber cumplido tan sólo con el propio deber.”

En la marcha de sus actuales investigaciones que lo ponen en contacto con la presencia todavía actual del pasado, se le va haciendo reconocible el costo de haberse construido un pasado propio sin el registro de reiteradas y casi imperceptibles decisiones con las que él mismo fue cancelando las posibilidades de llegar a resolver su duda juvenil sobre la distinción entre lo personal y lo objetivo. Las decisiones de no hacerse algunas preguntas, por ejemplo. Dejó que poco a poco, casi sin sentirlo, esa lentitud suya para reaccionar emocionalmente hiciera que su pensamiento político y jurídico procediera de una razón perezosa, habitualmente dócil para “discutir y administrar el derecho según las orientaciones nazis”. Pudo ser el fiscal que fue porque hizo que su práctica respondiera a la “fundamentación y penetración nazi del derecho” que lo hacía sentir vagamente eximido de preguntarse si la razón estaba de su lado. Algunos ojos lectores advertirán que estas comillas transportan hasta aquí citas literales del artículo de Schlink sobre la perduración de la fama de Schmitt, tomadas del lugar donde dice que no fue el positivismo el que hizo que los abogados nacionalsocialistas administraran el derecho como lo hicieron¹².

¹² Sobre esta cuestión, ver las primeras páginas del artículo de Ernesto Garzón Valdés citado más arriba. Transcribo aquí un párrafo: “La explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacio-

Quizás algunos lectores recordarán también que “razón perezosa” es una expresión que va desde los antiguos griegos (fueron los estoicos atenienses quienes acuñaron la expresión *argós logos*) hasta Kant, para designar a un pensamiento indolente, apático, esquivo, que se abstiene de ir hasta donde debería llegar, o se abstiene de hacerlo oportunamente. Tyberg, el mismo antiguo químico a quien Selb diera la explicación que leímos un poco más arriba, le dirá que durante el Tercer Reich, “los jueces no se preguntaron por el derecho, sino por lo que era útil al pueblo y lo que quería el Führer”. Se lo dirá en una escena que pertenece a la segunda novela de la trilogía.

Alguna relación tenía el sentimiento de culpa del ex-fiscal nazi con su renuencia a preguntarse a fondo, con voluntad de coherencia, sobre la decisión acerca de quiénes habrían de ser considerados como enemigos y, por consiguiente, qué era lo que realmente era “útil al pueblo”. ¿Por qué pudo actuar de acuerdo con una idea de utilidad ligada al “*mythos* nazi de la comunidad”¹³? Ya sabemos que a él no le había resultado evidente que existiera esa frontera neta entre lo personal y lo objetivo que Schmitt proclamaba. Sin embargo, en su práctica jurídica silenció dentro de sí la exigencia de resolver con lucidez esa incertidumbre. ¿Por qué? Una frase no intencionada puede ensanchar de golpe la posibilidad de responder a una pregunta como ésta, porque ilumina como un relámpago algo importante de sí mismo. Eso puede pasar hasta en un diálogo ocasional con alguien que, aunque no conocido hasta ese momento, suelta una aguda intuición. Lo pudo experimentar Selb cuando una culta mujer alemana de su misma edad, a quien estaba entrevistando, le dijo de golpe: “—De verdad que me recuerda usted a mi marido. Era periodista, un célebre y furibundo reportero, pero en todos sus reportajes tenía miedo”. Miedo. Alguna fibra de miedo de aquel adolescente que se vestía con los trajes de su padre, que casi no tenía amigos y que no podía elevarse en la barra fija podía haber

nalsocialista a través de la actitud iuspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa. Por el contrario, la vigencia de un iusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisionismo que veía en el Führer al “único legislador” de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania.” (p. 237). Confrontar con lo que escribe Schlink en el artículo que se encuentra en este número de *Precedente*, y con Norbert Hoerster, “En defensa del positivismo jurídico”, en la compilación de artículos del volumen que lleva el mismo título (Barcelona, Gedisa, 1992).

¹³ La expresión es de Schlink, en el artículo mencionado en la nota anterior.

quedado en el joven profesional; un miedo capaz de neutralizar preguntas riesgosas. ¿Miedo a quedar por fuera de toda aquella espectacular grandeza del nacionalsocialismo, de aquel difundido consenso? Las incertidumbres acerca de la propia identidad inducen a buscar el refugio de definiciones colectivas. Y en formas colectivas de argumentación. En la página que hace de prólogo a *Si esto es un hombre*, Primo Levi escribió:

Habrán muchos, individuos o pueblos, que piensen, más o menos conscientemente, que “todo extranjero es un enemigo”. En la mayoría de los casos, esta convicción yace en el fondo de las almas como una infección latente; se manifiesta sólo en actos intermitentes y no coordinados, y no está en el origen de un sistema de pensamiento. Pero cuando éste llega, cuando el dogma inexpressado se convierte en la premisa mayor de un silogismo, entonces, el final de la cadena está en el campo de concentración.

No hay necesidad de suponer que el fiscal Selb conociera todo el horror del exterminio en los campos de concentración. La práctica inevitabilidad para muchos de ese desconocimiento, de esa ignorancia, era algo que nacía precisamente de la perversión profunda del nacionalsocialismo. Eso lo muestra, por ejemplo, Günter Grass en su artículo “Escribir después de Auschwitz”, de 1990, recogido en su volumen *Artículos y opiniones* (Barcelona, 1999). La difundida ideología tuvo, entre todos sus efectos perversos, el de hacer que la gente no pudiera creer en la posibilidad de crímenes atribuidos a hombres y mujeres cuya identidad alemana era definida por esos dogmas. Eso está dicho por Grass con respecto a su generación; tenía diecisiete años en el momento de la rendición de Alemania y, en escritos recientes, habla de su “culpa pasiva”. Pero también fue válido para muchos que tenían para ese entonces algunos años más, como el personaje del fiscal Selb, quien en ese momento andaría por los veintisiete. Incluso fue válido para muchos para quienes la ideología no era mucho más que la espectacularidad del régimen.

En la investigación se le revela a Selb la fuerza perdurable de lo que percibe como cinismo capaz de actuar con parejo y temible éxito tanto en los años del nacionalsocialismo, como en la transición, como en estas últimas décadas del liberalismo democrático. Un cinismo que consiste en el convencimiento práctico de que lo ético y lo moral son cosas excesivamente solemnes, tan teatrales como las creencias infantiles. Un cinismo que es la costumbre estable de pensar que en la acción humana todo se entrelaza en una tupida red neutra de acciones y decisiones, de sentimientos y representaciones —como en un mero juego—, sin que se deba o se pueda pensar o decir que alguien es

personalmente responsable de algo, si es que la palabra “responsable” alude a lo moral. Ese cinismo anula toda preocupación por el pasado, porque las cosas fueron como fueron y sólo se las puede distinguir por el precio que haya habido que pagar por cada una en cada momento. Oscar Wilde había dicho que cínico es quien conoce el precio de todas las cosas y no le reconoce valor a ninguna. Pero porque siempre tiene que enfrentarse con algún crítico (y a veces consigo mismo), el cínico arma sus argumentos. Por ejemplo, éste: el olvido del pasado (de todos esos años entre 1933 y 1945) es el fundamento del nuevo Estado democrático, de un nuevo orden (Schlink piensa que el olvido del pasado jurídico de esos años, o las inadecuadas interpretaciones de lo que fue, son causa de nuevos males para el presente y para el futuro). O, también por ejemplo, este otro argumento: la necesidad de la acción tiene que suponer y aceptar que habrá daños colaterales. O éste, que tal vez resume todos los argumentos: el destino somos nosotros. Y el cinismo tiene una respuesta para un “alma cándida” como la de Selb (según la caracterización de Korten), que con su sensibilidad descubre los secretos de los otros y que llega a darse cuenta de lo que él mismo está haciendo cuando al actuar destruye algo valioso en otras personas. Esa respuesta cínica es: “No es censurable utilizar a la gente, tan sólo es una falta de tacto dejar que lo adviertan”. Porque sabe aceptar el precio que cree que vale la pena pagar, ese cinismo puede sobrellevar consecuencias prácticas de regímenes en cuyas teorías no cree. En pleno nacionalsocialismo, un hombre como el Korten de la RCW podía manejarse con la existencia de trabajadores esclavizados en su empresa, aunque no creía para nada en la teoría de la distinción entre amigo y enemigo, aunque no tenía sentimientos antisemitas ni los aprobaba y aunque pensaba que esa práctica esclavizante era algo desagradable e insensato siempre. No toda raíz de un posible cinismo es mala en sí misma.

Paso a paso, y a veces de repente, la doble investigación de Selb descubre continuidades entre aspectos negados de su propio pasado —cosas hundidas en una criptomemoria— y aspectos de un presente en el que, en buena parte por esa negación, no puede tener demasiada claridad sobre sí mismo. ¡Claridad sobre *sí mismo*! No parece que sea elección arbitraria o casual de Schlink y de Popp la del apellido del protagonista de la trilogía narrativa: *Selb, self, sí mismo*. La repentina aparición de un uso regional alemán coloquial de anteponer el artículo determinado al apellido de una persona (o a su nombre) podría ser el indicio de esa intención de los autores. Es en la tercera parte de la novela. En el capítulo quinto. El narrador Selb registra la visita que decidió hacer al juez ya jubilado que, a fines de 1943 o principios de 1944, había presidido el tribunal que dictó la sentencia en el caso en el que él había instruido el sumario contra los dos químicos de la RCW. Selb quería averiguar si había habido presiones externas en aquella ocasión, porque él ni siquiera había sos-

pechado que existieran. Quería saber bien ahora cómo había sido ese juicio y qué papel le cupo a él como fiscal. El juez, que habla con acento suabo, acepta con gusto su visita, se dirige siempre a él en tercera persona, con su uso coloquial regional —*der Selb*, el Selb—, lo recuerda como “buen jurista y fiscal brillante”, se acuerda bien del caso, con detalle, y de aquella época en la que todos, dice, “teníamos que cumplir con nuestro deber”. Al final de la visita, el juez lo despide así: “El Selb, que vuelve a seguir su olfato de sabueso. Claro, porque es ella la que no lo deja, la justicia”.

El breve capítulo crea una escena y un diálogo que son como el lugar imaginado a propósito como para proponerse esta pregunta: ¿Cuál es la moral que se conecta al Derecho *del nacionalsocialismo*? Podría sonar extraña. Pero es legítimo y necesario hacerla. ¿Una moral de la justicia? ¿Cuál justicia? Para formular así la pregunta, basta con añadir las dos palabras finales, escritas en cursiva, a la pregunta que propone Luis Prieto Sanchís en la página 71 de su libro *Constitucionalismo y positivismo* (México, 1997): “¿Cuál es la moral que se conecta al Derecho?”. Unos renglones más abajo, el autor escribe:

Sin un mínimo de justicia o de pretensión de corrección moral, sencillamente no es posible hablar de Derecho, sino acaso de la fuerza desnuda de una banda de malhechores. Como contrapartida, dado que el Derecho aparece como mínimamente justo, genera también una obligación moral de obediencia, siquiera *prima facie*. Ahora bien, cuando se hacen estas afirmaciones, ¿de qué clase de justicia o moralidad se está hablando?

Unas páginas más adelante, el autor presenta la respuesta “más modesta” que, según escribe, hoy suele darse a la pregunta. “Más modesta” quiere decir la más alejada de pretensiones iusnaturalistas y, al mismo tiempo, compatible con una convicción positivista:

Todo derecho ha de presentar siempre una *pretensión* de corrección, de autoridad o de justicia, es decir, una pretensión de que los mandatos del legislador deben ser obedecidos por *alguna razón distinta* a la simple amenaza de la fuerza; pero cuál sea esa razón constituye un tema abierto, de manera que dicha pretensión puede alegar casi cualquier fundamento y exhibir cualquier contenido de moralidad. (p. 76. El énfasis es del autor)

La respuesta a la cuestión, en cualquiera de sus dos formas, tiene en cuenta la pregunta referida al derecho del nacionalsocialismo. Eso lleva a Prieto

Sanchís a considerar críticamente el tratamiento que dan a la cuestión varios juristas, entre otros, Robert Alexy en *El concepto y la validez del derecho* (1994). Las páginas de Prieto son muy pertinentes para los debates sobre “si los principios constitucionales acreditan la presencia de la moral en el Derecho” (p. 78), cómo lo hacen, en qué sentido y hasta qué punto. Pero aquí no estamos en ese debate que, dicho sea de paso pero con seria intención, no puede ser una cuestión más o menos marginal en la formación de los juristas. Aquí sólo tengo en cuenta la argumentación de Prieto Sanchís en cuanto ayuda a entender lo que Selb experimenta y entiende como su culpa. Durante sus años de fiscal, Selb, probablemente al igual que el juez jubilado que lo llamaba “el Selb” y que tantos otros juristas, fue un participante comprometido con la “pretensión de justicia” del derecho nacionalsocialista.

Los resultados de la investigación despiertan la indignación de Selb cuando le hacen sentir que él mismo fue usado por el cinismo en un juicio en el que él creía que actuaba, como fiscal, con total preocupación por la justicia. En ese momento, el sentimiento de indignación de Selb fue mucho más fuerte que el de la culpa. En realidad, pudo ser una manifestación encubierta de la culpa: indignación violenta de “el Selb” contra sí mismo, dirigida contra el Ferdinand Korten que, al poner el dedo en la llaga oculta, actuaba, sin darse cuenta, como un catalizador del proceso de auto revelación.

Hacia el final de la recuperación progresiva y nunca total de la memoria, hecha de investigación en diálogo con algunos y de astucia heurística con unos cuantos, Selb se pregunta, en diálogo con Tyberg, sobre el futuro de lo que ambos piensan que es una excesiva juridización alemana actual que facilita el cohecho, el capricho, la arbitrariedad, la excesiva intervención de los grandes poderes económicos. Y se preguntan: ¿No saldrá de ahí, de todo ese derecho, una burocracia feudal posdemocrática? Un feudalismo posdemocrático sería una fragmentación que absorbería lo público en poderosos dominios privados.

Se puede suponer que contribuya con algunas ideas respecto de estas preocupaciones el librito llamado *Vergangenheitsschuld und gegenwärtiges Recht*, que la Suhrkamp Verlag le publicó a Bernhard Schlink en 2002: *la culpa del pasado y el derecho futuro*. Alemania tiene el pasado del nacionalsocialismo y su régimen jurídico, y el pasado del régimen comunista que durante cuatro décadas sucedió a ese otro en la RDA, lo que fue la Alemania del Este. Al derecho le es inherente una tensión entre el pasado y el futuro, entre el recuerdo y el olvido. Los alemanes conocen su historia. Schlink insiste en que el derecho debe conocer y reconocer la totalidad de su propia historia; insiste

en que los teóricos del derecho no deben poner entre paréntesis el derecho de los años siniestros, ni tienen que interpretarlo de manera que se ponga a salvo de toda supuesta contaminación lo que ellos piensan que ha de ser el derecho actual.

El investigador descubre, en la segunda novela, que los sentimientos pueden engañar tanto como los pensamientos

En algún lugar de su incansable libro sobre los delitos y las penas, el joven marqués de Beccaria escribió que no puede perdurar una legislación que no se base en los sentimientos indelebles de los hombres. En el siglo XVIII, los ilustrados como Beccaria tenían o creían tener buenos saberes sobre el lugar de los sentimientos, sobre cuáles son indelebles y sobre cómo es que lo son. El problema estaba y está en discernir cuáles son esos sentimientos que han de ser tenidos como ineludibles, cómo funcionan y cómo tienen que relacionarse con ellos la ley, su interpretación, la concepción del derecho. El problema está en cómo no engañarse con respecto a ellos.

En *El engaño de Selb*, la segunda novela de la trilogía, Schlink consigue con éxito que su investigador privado se involucre en una pesquisa que acabará por comprometerlo a fondo en la investigación de un atentado que aparece como postmoderno. Selb se mete en una pesquisa inicial sobre el paradero de una muchacha, movido por sentimientos en cierto modo elementales en los que nunca se había detenido a pensar. Sentimientos suyos, frustrados, que eran como son los de casi cualquier hombre de cada día. Y Gerhard Selb se mete en lo del atentado porque una cosa lleva a la otra y porque ese detective de Schlink necesita tratar de entender qué le pasa a la gente involucrada en situaciones duras que, comprendidas, resultan ser síntomas de malestar en la sociedad actual o expresiones de una desesperación cultural. En toda esa historia, Selb llegará a redondear esta experiencia: los sentimientos propios y los ajenos pueden engañarnos tanto como nos engañan los pensamientos. Incluso como los respetables pensamientos claros y distintos, por supuesto. Investigación criminal, psicología, psiquiatría, pero sin discursos libresco, sin mezcla de ensayos teóricos, sin pose académica: eso es lo que hay en esta novela de pura acción ágilmente reflexionada en caliente por los personajes mismos, sobre todo por Selb mientras la narra. Tal vez esté implícito algo más: una crítica de Schlink a concepciones del derecho que puedan abrir peligrosos resquicios legales e interpretativos para los sentimientos engañosos.

Y, de nuevo, pero como en un giro de calidoscopio, lo que aparece como un color de fondo es la necesidad de comprender el pasado que se ha intentado

dejar atrás y que es tan complicado y difícil recuperar para la reflexión. Que esa necesidad sea sentida en la narración como en sordina, se debe tal vez a que, cuanto más se la tiene en cuenta, mejor se siente lo difícil que es pensar en qué puede consistir la responsabilidad de un pueblo acerca de su pasado, cuando es tan difícil para un individuo pensar en la relación entre su propia subjetividad y su propia responsabilidad pasada. Un pueblo se parece mucho a un río que, como advertía Heráclito, es y no es el mismo cuando uno quiere bañarse en él por segunda vez. Eso es lo que experimenta Selb cuando siente la doble nostalgia: la de una tierra antigua que ni él ni sus coetáneos conocen ya, y la de una nueva tierra natal que todavía no conocen. ¿Cómo vivió o experimentó o comprendió “la culpa del pasado” esa generación —la de Selb, que no es la de Schlink—, que era adulta y joven al final del régimen y que pudo comenzar el nuevo siglo con cierta lucidez? Una de las dificultades para responder a esa pregunta está en que “una generación”, aun delimitada como lo hice ahora, es en gran parte una generalización.

Esa doble nostalgia es una preocupación del autor de los días y de las páginas de Gerhard Selb. La Suhrkamp Verlag, de Frankfurt, publicó en el 2000 un librito de bolsillo que recoge una conferencia de Schlink que se titula: *Heimat als Utopie*, *Heimat* como utopía. Es ya casi un lugar común decir que esa palabra alemana, *Heimat*, es poco menos que intraducible: ¿“tierra natal”, “terruño”, lugar donde están arraigados los recuerdos más entrañables, “patria”, “patria chica”? Lo cierto es que Schlink sostiene en ese escrito que cada vez hay más gente que se siente extranjera donde no tendría por qué sentirse así. Está la *Heimat* exaltada por el romanticismo, la que fue reinventada y sobreexaltada por el nacionalsocialismo, la que fue hecha a un lado por el marxismo y por algunos existencialismos. ¿Hay de veras y tiene que haber un lugar que pueda sentirse de manera perdurable como el lugar propio para habitar, o ese lugar es utopía? En tiempos de exilios, de desplazamientos diversamente forzados, de globalización, de flexibilidad laboral nomadizante, la pregunta es tan pertinente como la doble nostalgia.

Sin haberlo previsto, Selb enfrenta la investigación de un atentado de apariencias postmodernas, es decir, de un atentado cuyos protagonistas —algunos, al menos— no luchan contra el capitalismo o contra el imperialismo, que no les importan porque los sienten como abstracciones, como puras denominaciones ideológicas. Lo que ellos no quieren es que se mueran los bosques, que se contaminen el aire y el agua, que las ciudades se hagan invivibles, que la solución de los problemas sociales consista en aumentar la capacidad de represión del Estado. Quieren acabar con el encubrimiento de todo eso. Esperan conseguirlo, hasta cierto punto, con una utilización de los medios de comunicación atraídos por un atentado que se les aparezca como

muy significativo e inocultable. Pero el engaño de Selb está en creer que ese atentado no es sino un atentado postmoderno. Está en creer que los protagonistas son los que parecen serlo.

No sin equívocos debidos en parte al engaño de los sentimientos, a Selb le saldrán al encuentro los hilos múltiples de la trama en un trabajo de detective asimilable en cierto sentido al de un terapeuta: si no se descubre lo que de verdad ha ocurrido, la gente no consigue liberarse de las viejas historias. Hilos políticos: las autoridades alemanas y “los amigos americanos” tienen motivos más o menos conjeturables para encubrir aspectos actuales, para manipular datos, para que lo del atentado no interese al público, no llame la atención. Hilos psicológicos: los sentimientos no siempre son lo que parecen ser. Un hombre puede ser como un animal de mar con un cerebro de doble programación: la de un delfín y la de un tiburón. Puede mentir sintiendo que cuenta puras verdades. Puede que nunca haya hecho daño a nadie y que nunca lo haga. Pero puesto a ser dañino, nadie lo detendrá ni lo aventajará ni lo convencerá de que está obrando de manera cruel y perversa. Obrando como tiburón se sentirá delfín. Y puede ser alternativamente una cosa y la otra. No parece mala hipótesis de trabajo para investigaciones de masacres, de genocidios, para reflexionar sobre condiciones de desmovilización y de justicia restaurativa. Por otra parte, y por el contrario, uno puede no darse cuenta de que ha tenido que vérselas con una persona que, sin darse aires de moralidad, realiza de una manera increíble un ideal casi kantiano de perfección. Casi, porque alguna vez es capaz de mentir por humanidad.

Schlink es un narrador que puede armar una conversación en una mañana dominical de 1998, entre parroquianos de un pueblito alemán, como si fuese una parábola de lo que pasaba en la época de los campos de concentración. Ese grupito de hombres se siente molesto con la pretensión que tienen otros de averiguar si es cierto que por ahí cerca hay un peligroso depósito de gases tóxicos cuya existencia está siendo ocultada. No quieren que algo perturbe la vida habitual. No experimentan la necesidad de saber cómo están realmente las cosas, ni quieren experimentarla. ¿De dónde nace esa necesidad, cuando nace? ¿Dónde anida la responsabilidad de tener que experimentar esa necesidad? ¿De qué está hecha? ¿Qué es lo que hace que, por el contrario, en circunstancias como éstas, alguien sienta de manera casi irreprimible el imperativo de saber qué es lo que realmente pasa o ha pasado? ¿Qué es lo que impide a los demás sentir ese imperativo? ¿Hay algo de culpa en no sentirlo? ¿Hay algo en la cultura de una época que anestesia la necesidad de saber qué pasa realmente? No son preguntas que precisamente nosotros tengamos que sentir extrañas, peregrinas. No son preguntas extrañas para la reflexión sobre la “razón perezosa”.

Hay que saber cómo actúa en la gente no sólo el violento silenciamiento de toda oposición, unido a una omnipresente publicidad de Estado, sino también cómo actúa, también en tiempos menos feroces, la alianza inconsciente entre los efectos de la información y el deseo cotidiano de felicidad o de evitar hasta la sospecha de inseguridad, de riesgo, de infelicidad, de perturbación de la adquirida inercia. Es lo que quiere saber Selb, y los relatos de Schlink ayudan a saberlo o a recordarlo. Siempre hay que desvelar lo inaceptable de la tesis de Carl Schmitt o de su aplicación.

Por otra parte, ¿qué es lo que está contenido y simbolizado en esa escena nocturna en la que Tyberg, el antiguo químico y luego hombre exitoso y director de la RCW, y el ex fiscal nazi que en el pasado instruyó el sumario de la causa contra él, interpretan juntos una suite de Telemann y una de Bach? El químico, al piano, sabe moderar el ritmo para que los dedos de Selb afinen su precisión en la flauta. Y ambos sienten que entienden a Bach como se lo puede entender sólo cuando se tiene setenta años. Tal vez lo que pensaban Tyberg y Selb coincida en lo esencial con unas reflexiones de Edward W. Said, recogidas en *El mundo, el texto y el crítico* (Barcelona, 2004). En ese volumen de compilación de conferencias y artículos suyos, unas páginas “Sobre la repetición” comentan “cierto parecido” que guardan técnicas musicales como la de Bach con lo que Gian Battista Vico pensaba que era la historia, con sus *corsi e ricorsi*, con la variable repetición de sus ciclos:

Tal como Vico entendió el fenómeno en la historia humana, en estas formas musicales hay una tensión entre la contrariedad o excentricidad de la variación y la constancia y la racionalidad que se afirma del *cantus firmus*. Nada de lo que Vico podría haber dicho acerca del triunfo de la mente sobre la irracionalidad puede igualarse al sereno triunfo que se produce al final de las *Variaciones Goldberg*, cuando el tema reaparece en su precisa forma inicial para clausurar las aberrantes variaciones que ha generado. Estos usos de la repetición conservan el campo de la actividad; le dan su forma y su identidad, pues Vico entendía que la repetición confirmaba los hechos esenciales de lo que él denominaba historia humana gentil. (p. 158s.)

Llegados a una edad que se presume sabia, los dos ejecutantes sienten que la música de Bach, con sus repeticiones —cuyo “ejemplo clásico más desarrollado” son esas famosas *Variaciones*—, simboliza la historia alemana que ellos han vivido y viven. En ella, “cada *corso* o *ricorso* es por regla general igual que sus predecesores” y, sin embargo, hay que saber ser siempre como Vico:

“sensible a las pérdidas y los beneficios, en pocas palabras, a las diferencias en el seno de cada fase del ciclo que se repite”. El químico y el investigador privado que conserva su alma de jurista, familiarizados con la ejecución de esa música, se dan cuenta de que “a pesar de la proliferación de los ritmos, modelos y armonías que van cambiando, el motivo básico se repite a lo largo de todo el ciclo como para demostrar su resistencia y su capacidad para la infinita elaboración” (*ibidem*). Como en la historia de la condición humana. Como en la historia de las instituciones, del derecho.

Además, las confrontaciones amistosas, aunque a veces tensas, entre el investigador privado Selb y su amigo el comisario de policía Nägelsbach, unos años menor que él, hacen pensar en una demarcación de diferencias entre identidades. Selb sabe distinguir entre vertientes policiales, jurídicas y éticas de un mismo problema. También sabe reconocer las reglas que han de serle aplicadas a él como a los demás; pero las somete a veces a reglas propias, suyas, destinadas por lo general a aclarar cómo están las cosas y, alguna que otra vez, a evitar preguntas excesivas sobre sí mismo. En cuanto a su convicción sobre el único motivo de los asesinatos (la necesidad de salvar una mentira vital), Selb no se siente demasiado obligado a someterla a una prueba exhaustiva en lo que a él mismo se refiere. Una cosa le ha resultado cruelmente clara sobre el asunto: asesinar es no tener que perdonar. No es difícil suponer que en la mente de Schlink funciona la reminiscencia de esa obra maestra de derecho en la literatura que es *El mercader de Venecia*. En su acto cuarto, Basanio pregunta: “—¿Es que todos los hombres matan las cosas que no aman?”. Shylock le responde: “—¿Mata alguno la cosa que no quiere matar?”. Allí puede intervenir Selb con la conclusión que acabamos de ver.

En la tercera novela, evocación de títulos colombianos de deuda pública y de una moral más antigua y más dura

En lo que puede aparecer como el borde final de su vida, solo en la tarde otoñal de una plaza vacía, Selb (que no se puede decir en serio que haya sido un solitario) recuerda su última y todavía reciente investigación; recuerda el inicio casual, toda la trama y las peripecias, todas las reflexiones reveladoras. Reflexiones que, hechas mientras actúa y vive y descubre, en el fondo son siempre éticas porque atañen al significado de la acción.

En esta última novela de la trilogía, se despliega una investigación que recupera la historia de más de dos siglos de un banco alemán privado. Un banco pequeño que, en el pasado lejano, pudo ayudar a financiar el nacimiento de la RCW y a comprar títulos colombianos de deuda pública, entre otras mu-

chísimas cosas. Además, la investigación traza el esbozo de historia de una cooperativa bancaria nacida y crecida entre los sorbios, gente de la sorbia, la antigua etnia eslava hoy viva y activa, aunque reducida a pocas decenas de miles de hablantes de su propia lengua. Los sorbios que vivieron en el nacionalsocialismo y, después, en el régimen comunista de la Alemania del Este. La turbia vinculación reciente de ambas empresas financieras: el banco y la cooperativa bancaria. La confluencia puntual de un doble largo pasado que no convendría olvidar. No conviene, ante todo, porque lleva a revisar el sentido de eso que aparecía como cinismo al leer la primera novela de la trilogía, también porque Selb lo vivió en ese relato como algo así. Al mostrar el revés de la trama, la investigación hará que Selb vuelva a pensar las cosas que son la historia, parte de la historia.

En relación con el pasado reciente del Este alemán y sus consecuencias, pasan en las páginas cosas que ponen a pensar. Digamos tres: una historia con aires de parábola, una mujer fuerte, una pequeña anécdota de vida cotidiana actual. La historia que llamaré la “parábola del hijo que busca filiación” —un presunto, recién aparecido, inverosímil hijo de Selb— ilustra el resentimiento de miembros de una generación del Este que respiró las convicciones o el lenguaje oficial y el modo de vida del régimen comunista hasta la caída del muro. Pero ilustra también los sentimientos de ambivalente admiración de muchos habitantes de la ex RDA hacia el modo de vida de la Alemania liberal, y la demanda de reconocimiento efectivo. La mujer fuerte, una gerente de banco capaz de vivir un callado, firme y honesto pragmatismo en situación de alto riesgo. La anécdota: una microempresa unipersonal de una universitaria, nacida y crecida en el lado occidental, con espontáneas iniciativas de benéfica explotación de estudiantes de lo que fue el otro lado. Hay más, bastante más: la agresividad de grupos jóvenes, las mafias rusas temibles porque no tienen “carácter” y son directamente brutales, la globalización de la cultura cotidiana.

El hilo central de la investigación sigue una historia familiar, vinculada al banco desde su nacimiento, y que culmina de manera criminal, en más de un sentido, en alguien que nunca pudo vivir como propio el pasado de su familia y de la gente. Por otra parte, el hilo de la reflexión lleva hasta un claro en medio de la maraña del pasado y del presente, en el que aparecen tal como eran aquellos personajes a los que Selb nos indujo a considerar como cínicos. Aquellos y otros más de esta última novela de la trilogía, que el traductor o los editores decidieron llamar, equivocadamente, *El fin de Selb*, en lugar de una traducción literal que conservara el cariz del original *Selbs Mord: El asesinato de Selb*.

¿Cómo eran, cómo son esos personajes a los que, guiados por Schlink, en la primera novela de la trilogía atribuimos el cinismo? Gente que tiene la sensación de estar haciendo algo sin lo cual todo lo demás es nada o casi nada. Y no es que esquiven el riesgo o el esfuerzo o, si lo estiman necesario, la acción en el límite o más allá de él. No. Se le miden a todo. O a casi todo. ¿Cínicos? Lo que parece cierto es que antes de ellos, y también al margen de ellos, hubo y hay “una moral más antigua y más dura” de la que emana el sentido de “todo lo demás”. Sí, hay. También ahora.

El capítulo 11, titulado “Remordimiento”, comienza con esta descripción de los miembros de esa familia dueña del banco:

Sí, así eran. El Tercer Reich, la guerra, la derrota, la reconstrucción y el milagro económico eran para ellos circunstancias diferentes bajo las que ejercer la misma actividad: aumentar lo que les pertenecía o administraban. Era cierto cuando ellos decían que no habían sido nazis ni habían tenido nada contra los judíos, y que se habían mantenido en el terreno de la Constitución. Para ellos todo era un terreno en el que estar y en el que poder agrandar sus empresas, hacerlas más ricas y poderosas. Tenían la sensación de hacer algo sin lo cual todo lo demás no era nada. ¿Para qué servían los gobiernos, los sistemas, las ideas, los dolores y las alegrías de los seres humanos si no florecía la economía; si no había trabajo y no había pan?

Selb siente ahora que también Korten era precisamente así. Ese capítulo viene a cerrar un arco que se abre en el capítulo 18 de la primera novela: “Viejos amigos como tú y yo”. Son dos capítulos notables sobre cinismo y condición humana. El primero de ellos es una violenta confrontación entre dos hombres que han mantenido una larga y cambiante relación de amistad, de parentesco, pero cuyas identidades difieren en perfiles que sólo en apariencia son netos, a lo largo de una historia que acaba de revelarse a Selb como agravante resultado del cinismo. El segundo de esos capítulos es una reflexión sobre el resultado de una investigación final en la que culminan las pesquisas y reconstrucciones detectivescas comenzadas en la RCW. Selb ha podido reconocer que, ahora y desde hace mucho rato, el cinismo no es algo de dimensión y de alcance puramente personal, individual. Se le aparece como fenómeno de alcance y sentido distinto aquello que erróneamente él había experimentado en Korten y en antiguos colegas suyos de la judicatura como cinismo “perfilado, solitario y altamente individual”. Estas palabras entre comillas no son de Selb, ni de su autor Schlink. Están tomadas de la obra que el filósofo alemán Peter Sloterdijk,

coetáneo de Schlink, publicó en 1983, y de la que Jürgen Habermas dijo que era lo mejor que se hubiera publicado sobre historia de las ideas desde 1945: la *Crítica de la razón cínica*. Por tres buenas razones transcribo una página de ese libro publicado cuatro años antes que *La justicia de Selb* (dato que es una cuarta razón). La primera es porque ayuda a entender al personaje Korten y, de rebote, a Selb y su culpa, a pensar con más detenimiento la trilogía de Schlink y a reescribir una vez más este comentario. La segunda es que pone en suspenso la difundida idea de Wilde acerca de quién es el cínico. La tercera es que aporta una comprensión del cinismo actual que las ciencias sociales y la literatura señalan, describen, analizan y discuten como un rasgo de la cultura del mundo post-industrial, en las sociedades consideradas como “más desarrolladas”. Aquí va lo que se lee en las páginas 37 y 38 del libro de Sloterdijk:

El malestar en la cultura ha adoptado una nueva cualidad: ahora se manifiesta como un cinismo universal y difuso. [...] La serie de formas de falsa conciencia que ha tenido lugar hasta ahora —mentira, error, ideología— está incompleta. La mentalidad actual obliga a añadir una cuarta estructura: el fenómeno cínico. Hablar de cinismo significa intentar penetrar en el antiguo edificio de la crítica de la ideología a través de un nuevo acceso. Va contra el uso lingüístico designar el cinismo como un fenómeno universal y difuso; en la idea general que del cinismo se tiene, éste no es difuso sino perfilado, no es universal sino solitario y altamente individual. Estos adjetivos inusuales expresan algo de sus nuevas formas de manifestación, formas que lo hacen demoledor y, al mismo tiempo, intangible. [...] Psicológicamente se puede comprender al cínico de la actualidad como un caso límite del melancólico, un melancólico que mantiene bajo control sus síntomas depresivos y, hasta cierto punto, sigue siendo laboralmente capaz. Pues, en efecto, en el caso del moderno cinismo la capacidad de trabajo de sus portadores es un punto esencial... a pesar de todo y después de todo. [...] Una cierta amargura elegante matiza su actuación. Pues los cínicos no son tontos y más de una vez se dan cuenta, total y absolutamente, de la nada a lo que todo conduce. Su aparato anímico se ha hecho, entre tanto, lo suficientemente elástico como para incorporar la duda permanente a su propio mecanismo como factor de supervivencia. Saben lo que hacen, pero lo hacen porque la presión de las cosas y el instinto de autoconservación, a corto plazo, hablan el mismo lenguaje y les dicen que así tiene que ser. [...] Esto es lo que produce nuestra primera definición: cinismo es *la falsa conciencia ilustrada*.

166

Aparte el sentido más decididamente peyorativo con el que solemos usar la palabra, “cinismo” apunta a un entretejido de decepción lúcida, de saber melancólico y de ironía actuante. Auschwitz significó, especialmente para los europeos, la “quiebra de la civilización” (en expresión aceptada de Günter Grass) y la herida de muerte para el relato grandioso del desarrollo de la civilización occidental; las grandes ideologías se desmoronaron en poco tiempo; tantas cosas que eran importantes fueron haciéndose leves y transitorias. Parece que también Gerhard Selb lo ve y lo siente así. De hecho, en la trilogía de Schlink, su investigación avanza en un descubrimiento progresivo del cinismo en obra, como para que sea reconocido en lo que es. Por eso, o también por eso, la trilogía detectivesca de Schlink es literatura que le dice algo muy serio al derecho. Y a la reflexión sobre la ética. Uno de los aspectos que hacen atrayente al personaje Selb es que, precisamente cuando reconoce su culpa (la del pasado como fiscal, la reciente de su asesinato), no aparece perturbado por señales de arrepentimiento. Selb no es cínico; no lo es en ningún sentido. Tal vez la ausencia de manifestación de los sentimientos tristes del arrepentimiento —unida al reconocimiento de su culpa— sea un indicio de que hay en él cierta firme adhesión a aquella “moral más dura”. Desde alguna lejana página de la *Ética demostrada en orden geométrico*, de Baruj Spinoza, llega esta evocación: el arrepentimiento es una tristeza y todo sentimiento triste restringe la capacidad de actuar. Puede que la evocación no sea del todo ajustada a lo que pensaba aquel preciso pulidor de lentes. Pero bien podría ser que el buen conocedor de Spinoza y de Kant que es sensato suponer que es Schlink (que son Schlink y Popp) haya hecho de Selb un hombre espontáneamente reactivo a los sentimientos de tristeza, inhibidores de la acción con la que alguien se distancia del mal. En esto, Selb actuaría como si perteneciese al ámbito de una “moral más dura” que, en el momento de reconocer su culpa, le dijera: “No te concedas ni siquiera entristecerte. Reconócete como eres y actúa con responsabilidad”.

Final

En la trilogía hay mucha acción. En este comentario no está contada. Esa acción atrapa por sí sola a quien lee. Y hay un humor constante al que nunca se le nota el esfuerzo. En las tres novelas, muchas cosas son una contribución para pensar el derecho y las distintas racionalidades que tratan de redefinir su concepto.

Acabaré con el esbozo de una conjetura. Para hacerlo, necesito recordar y anteponer dos cosas. La primera es lo que Robert Alexy presenta como la “descripción más precisa de una colisión de principios” y cómo ha de resolverse.

La segunda es lo que Jerome Bruner considera uno de los motivos que parece haber “para examinar de cerca la narrativa e indagar qué es y cómo funciona”, y el efecto que tiene en el derecho. He aquí la descripción recomendada por Alexy, cuya precisión debería ser recordada: “Dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios. Ninguna es inválida, ninguna tiene una precedencia absoluta. Qué sea lo que aquí vale depende de cómo haya que decidir en vista de las circunstancias del caso”; dado que, en tales casos, ninguno de los dos principios “puede pretender una precedencia básica”, lo que habría que hacer es “decidir *cuál interés debe ceder, teniendo en cuenta la conformación típica del caso y las circunstancias especiales del caso particular*” (*Teoría de los derechos fundamentales*, p.96; el énfasis es mío)¹⁴. Por su parte, Bruner enuncia así el motivo que presenta y los objetivos que el examen de la narrativa alcanza efectivamente en el derecho: el propósito de examinar la narrativa “es controlarla y esterilizar sus efectos, como en el derecho, donde la tradición crea procedimientos para mantener los relatos de las partes en juicio dentro de límites reconocibles, o donde los estudiosos de jurisprudencia investigan las afinidades que tienen entre sí indagatorias que constituyen una supuesta línea de precedentes” (Jerome Bruner, *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida*, pp.25-26¹⁵).

Schlink conoce y reconoce muy bien qué es una colisión de derechos fundamentales. Conoce y reconoce bien qué es eso de las afinidades y los procedimientos que menciona Bruner. Se niega a aceptar que el procedimiento de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto sea garantía de la *máxima racionalidad* alcanzable en la solución de una colisión de principios. Alexy y Bernal se ocupan de esa negativa. Schlink se niega porque —aquí va el esbozo de la conjetura— su íntima no común familiaridad con la narrativa ha dado lugar en él a una capacidad especial para darse cuenta de que esa racionalidad procedimental está poniendo unos límites formales a una narrativa sobre “*la conformación típica del caso y las circunstancias especiales del caso particular*”, límites contra los que podría pujar la realidad; o le está atribuyendo ciertas afinidades que la realidad podría desmentir. Lo que he llamado su íntima

¹⁴ Hasta dónde la narrativa es también inevitable para la concepción de Alexy se muestra en muchos lugares de su obra y, de manera singular, en un “caso pequeño” de lo que puede ser *prima facie* iusfundamentalmente protegido: el derecho a alimentar palomas, tratado alguna vez por el Tribunal Constitucional Federal (Ver *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 347, nota 67).

¹⁵ El otro motivo para examinar y analizar la narrativa consistiría en “comprenderla para cultivar mejor sus ilusiones de realidad” (*ibid.*)

familiaridad con la narrativa le hace pensar que, desde algún otro punto de vista, la narrativa de un caso podría ser otra —una contranarrativa— y, por lo tanto, los límites reconocibles o las afinidades podrían ser distintos, así fuera sólo en algunos matices, en algunas variantes. Eso parece mostrar su trilogía. ¿No es más o menos algo así lo que opera o puede operar en la decisión de un salvamento de voto en una corte constitucional?

Añado una aclaración: al hablar de la familiaridad de Schlink con la narrativa no tengo en vista sólo la que se manifiesta en su trabajo de escritor, sino la que está en juego en eso de que no le baste con vivir una vida y que *por eso* se haya dedicado a la literatura imaginativa. De ahí procede el descreimiento de que una racionalidad procedimental argumentativa pueda ser la mejor garantía de una mayor racionalidad. Parecería que —con los relatos sobre lo inesperado y sorprendente de tantas cosas que descubren las investigaciones privadas de Selb sobre el presente, y sobre el pasado de este presente—, Bernhard Schlink estuviera mostrando cómo irrumpen *puntos de vista* que pueden quebrar la linealidad de las narrativas que queremos y necesitamos mantener dentro de límites reconocibles. Si queremos considerar eso como un escepticismo puntual o restringido, debemos suponer que es una demanda de una racionalidad que busca cómo evitar que el derecho sea instrumento de un “feudalismo postdemocrático” y de un cinismo difuso.